

# ARTHUR JOSÉ JACON MATIAS

*Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.*

*Aprovado nos Concursos para Promotor de Justiça em Goiás e no Distrito Federal.*

*Foi Assessor Jurídico-administrativo da Procuradoria-Geral de Justiça de Goiás.*

*É Promotor de Justiça em Goiás.*

# ***PRECEDENTES***

**FUNDAMENTOS | ELEMENTOS | APLICAÇÃO**



**JHMIZUNO**  
EDITORA DISTRIBUIDORA

**15**  
*Anos*  
Desde 2003

## **Precedentes: Fundamentos, elementos e aplicação**

© Arthur José Jacon Matias

J. H. MIZUNO 2019

Revisão:

Paulo de Moraes

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

M433p Matias, Arthur José Jacon.  
Precedentes: fundamentos, elementos e aplicação / Arthur José Jacon  
Matias. – Leme (SP): JH Mizuno, 2019.  
303 p. : 14 x 21 cm

Inclui bibliografia  
ISBN 978-85-7789-437-6

1. Precedentes judiciais – Brasil. 2. Processo civil – Brasil. I. Título.

CDD 347.8105

**Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422**

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade do autor. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade do autor.

Todos os direitos desta edição reservados à  
J. H. MIZUNO

Rua Prof. Mário Zini, 880 – Cidade Jardim – CEP: 13614-230 – LEME/SP  
Fone/Fax: (19) 3571-0420

Visite nosso site: [www.editorajhmizuno.com.br](http://www.editorajhmizuno.com.br)  
e-mail: [atendimento@editorajhmizuno.com.br](mailto:atendimento@editorajhmizuno.com.br)

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

# Sumário

---

## CAPÍTULO I

<b>Sistemas jurídicos e sistemas de direito .....</b>	<b>15</b>
1. A acepção filosófico-histórica de sistema jurídico: os sistemas jurídicos enquanto famílias do direito .....	15
1.1. Considerações preliminares .....	15
1.2. O direito romano-germânico .....	16
1.3. O direito anglo-americano .....	18
1.4. Famílias jurídicas .....	19
2. Acepção normativa de sistema jurídico: sistemas jurídicos e ordenamentos jurídicos .....	22
2.1. Os critérios de existência de um sistema jurídico segundo Joseph Raz .....	22
2.2. A teoria do soberano de John Austin .....	24
2.3. H. L. A. Hart e o direito enquanto união de normas primárias e secundárias .....	28
2.4. Coesão judicial, colapso de um sistema jurídico e seu retorno à normalidade mediante a pretensão de correção .....	32
2.5. A norma pressuposta fundamental de Hans Kelsen .....	33
2.6. Sistemas normativos não jurídicos e a pretensão à correção como critério de existência de um sistema jurídico .....	36
3. Acepção sociológica de sistema jurídico: Sistemas de Direito e auto reprodução em Niklas Luhmann .....	38
3.1. Autopoiese do sistema jurídico – a mitose do sistema .....	42
3.2. O fechamento operativo do sistema de Direito .....	44
3.3. Os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente .....	45
3.4. O código binário do sistema de direito e a corrupção sistêmica por desvirtuamento dos acoplamentos estruturais .....	46

3.5. O Poder Judiciário é o centro do sistema e a criação do direito por precedentes é a prova disso .....	47
4. Uma questão de terminologia.....	50

## CAPÍTULO II

<b>O Civil Law e o Common Law .....</b>	<b>53</b>
1. O surgimento do direito romano .....	53
2. Rumo às codificações .....	56
3. Codificação no direito germânico .....	61
4. <i>Common law</i> : um caso desviante.....	65
5. <i>Common law</i> : um outro estado de espírito.....	67
5.1. A racionalidade interna do <i>common law</i> .....	67
5.1.1 Sistemas jurídicos dentro do sistema jurídico inglês .....	68
5.2. A construção e os institutos processuais do <i>common law</i> .....	71
5.2.1. <i>Remedies</i> .....	72
5.2.2. <i>Legal rule</i> e <i>distinguishing</i> .....	73
5.2.3. <i>Reasons</i> .....	74
5.2.4. <i>Case law</i> e <i>artificial reason</i> .....	75
6. Os juízes do <i>civil law</i> e os juízes do <i>common law</i> .....	77
7. A ficção do <i>common law</i> .....	79

## CAPÍTULO III

<b>A Doutrina dos Precedentes.....</b>	<b>81</b>
1. Considerações preliminares .....	81
2. Doutrina dos precedentes e <i>stare decisis</i> : conceitos .....	82
3. Evolução histórica do <i>stare decisis</i> .....	83
3.1. <i>Stare decisis</i> na Inglaterra – o legado de Sir Edward Coke.....	83
3.2. A doutrina dos precedentes na América colonial e na América pós-revolucionária.....	89
4. Fundamentos jurídicos da doutrina dos precedentes.....	94
4.1. O <i>stare decisis</i> como fator de segurança jurídica .....	95
4.2. O <i>stare decisis</i> como fator de contenção do arbítrio judicial.....	97
5. Elementos da <i>doctrine of precedents</i> .....	98

5.1. O conceito de <i>stare decisis</i> – <i>stare decisis</i> horizontal e <i>stare decisis vertical</i> .....	98
5.2. O precedente como ponto de partida do <i>decision-making process</i> ....	99
5.3. A fórmula do <i>stare decisis</i> : a produção da decisão visando à sua aplicação prospectiva.....	100
5.4. Fundamentos determinantes ( <i>ratio decidendi</i> ou <i>holding</i> ) .....	102
5.5. Distinguishing .....	103
5.5.1. Rules of relevance .....	104
5.6. Obiter dictum .....	105
5.7. Ampliação ( <i>widening</i> ) e redução ( <i>narrowing</i> ) .....	106
5.8. Superação dos precedentes ( <i>overruling</i> ) .....	107
6. Objeções à doutrina dos precedentes.....	108
6.1. <i>Deficit</i> de racionalidade interna ou inconsistência filosófica .....	108
6.2. Falta de legitimidade do <i>stare decisis</i> : a peroração de Jeremy Waldron ..	109
6.2.1. O princípio majoritário e a física do consentimento .....	112

## CAPÍTULO IV

<b>Precedentes e Separação dos Poderes</b> .....	115
1. Considerações preliminares .....	115
2. Fundamentos teóricos da separação dos poderes .....	116
2.1. A separação dos poderes em John Locke .....	116
2.2. A separação de Poderes em Montesquieu.....	118
2.2.1. Considerações preliminares.....	118
2.2.2. Elementos da separação de Poderes em Montesquieu .....	119
2.2.3. Paradigma do governo moderado.....	119
2.2.3.1. Instrumentos de moderação do Poder.....	120
2.2.3.1.1. Poder Executivo propriamente dito e Poder Legislativo	120
2.2.3.1.2. Democracia representativa e bicameralismo.....	121
2.2.3.1.3. Freios e contrapesos entre os Poderes Executivo e Legislativo .....	122
2.2.3.1.4. O Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil – o paradoxal (nulo e terrível) Poder Judiciário ...	124
3. A separação dos Poderes como técnica de colaboração institucional – desenvolvimentos em “O Federalista” .....	125

4. Atualizações do princípio da separação dos Poderes – excursão .....	132
5. A função normativa e a separação dos Poderes – o caso brasileiro .....	135
6. O desempenho de função normativa pelo Poder Judiciário .....	140

## CAPÍTULO V

<b>Precedentes e Legalidade .....</b>	<b>145</b>
1. Conformação e significado do princípio da legalidade .....	145
1.1. O princípio da legalidade: princípio ou regra? .....	146
1.2. A lei e o princípio da legalidade .....	151
1.2.1. Os termos indeterminados dos enunciados normativos .....	151
1.2.2. O sentido de lei .....	156
1.2.2.1. Considerações preliminares .....	156
1.2.2.2. A lei nos primórdios .....	157
1.2.2.3. A lei para Hobbes .....	159
1.2.2.4. A lei para Locke .....	161
1.2.2.5. A lei para Montesquieu .....	162
1.2.2.6. A lei para Rousseau .....	164
1.2.2.7. A lei para Kant .....	167
1.2.2.8. A lei para Kelsen .....	168
1.2.3. O sentido constitucional de lei .....	171
1.2.3.1. A crise do princípio da legalidade .....	174
2. O Poder Judiciário como criador de normas jurídicas não individuais ( $\cong$ leis) .....	178
2.1. Criatividade judicial e inflação legislativa: grandezas diretamente proporcionais .....	178
2.2. Os limites à criatividade judicial e a soberana prerrogativa de escolha .....	183

## CAPÍTULO VI

<b>o Regime dos Precedentes no Direito Processual Brasileiro .....</b>	<b>187</b>
1. Considerações preliminares .....	187
2. Desenvolvimento histórico .....	190
3. A integridade do direito .....	194
3.1. A discricionariedade judicial e (é) o paradoxo do positivismo .....	194
3.2. Ainda a discricionariedade judicial: uma conversa de surdos? .....	200

3.2.1. Argumentos de política e argumentos de princípio: a tese dos direitos .....	203
3.3. O direito como integridade foi a opção do Código de Processo Civil ....	207
3.3.1. O princípio da integridade no julgamento .....	210
4. Instituição do <i>stare decisis</i> horizontal como implicação lógica do direito como integridade .....	212
5. As normas judiciais que expressamente vinculam .....	213
5.1. As súmulas .....	213
5.1.1. Considerações preliminares.....	213
5.1.2. Súmulas vinculantes e persuasivas.....	216
5.1.3. As súmulas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.....	220
5.2. As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	221
5.2.1. Distinções entre efeito vinculante e eficácia <i>erga omnes</i> .....	221
5.2.2. A eficácia transcendente dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade.....	224
5.3. Os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.....	227
5.4. Os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência..	231
5.5. Os acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas.....	233
5.5.1. Risco à segurança jurídica.....	233
5.5.2. Efetiva repetição de processos.....	235
5.6. As orientações do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados .....	236
6. Superação dos precedentes.....	237
7. Lidando com um precedente: a <i>ratio decidendi</i> , o <i>distinguishing</i> e o <i>obiter dictum</i> na prática: aplicação de tese do Superior Tribunal de Justiça nos casos de indisponibilidade cautelar dos bens em ações de responsabilidade por improbidade administrativa .....	240

## CAPÍTULO VII

<b>O Erro Judiciário e a Responsabilidade Civil dos Juízes no Regime dos Precedentes .....</b>	<b>247</b>
1. Considerações preliminares.....	247

2. A responsabilidade do juiz, o erro de interpretação e a recusa de aplicação dos precedentes – realidade e possibilidades <i>de lege ferenda</i> .....	251
2.1. O erro grave de hermenêutica como ponto de partida para a responsabilização pessoal do juiz.....	251
2.2. A ofensa ao precedente como violação qualificada da norma jurídica e causa de obrigação de indenizar .....	253

## CAPÍTULO VIII

<b>O Supremo Tribunal Federal e a (In)disciplina dos Precedentes – Estudo de Caso</b> .....	257
1. Considerações preliminares .....	257
2. Uma premissa necessária: o regime de precedentes aplica-se aos processos penais.....	259
3. Estudo de caso: O princípio da presunção da inocência e a execução provisória da sentença penal condenatória .....	260
4. O caso Lula: a compreensão da doutrina dos precedentes pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal .....	279
4.1. A compreensão da Ministra Rosa Weber .....	282

<b>REFERÊNCIAS</b> .....	287
--------------------------	-----

<b>ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO</b> .....	295
--	-----